Die Verteidigung des Anfechtungsbeklagten nach dem Reichsgesetze vom 21. Juli 1879.

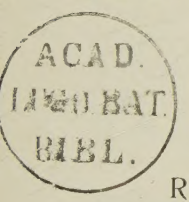
Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen



vorgelegt von

Hans Lazarus
aus Berlin
Referendar am Kgl. Landgericht I Berlin.

Approbiert am 16. November 1910.

Berlin.
Hermann Blanke's Buchdruckerei, C. 54, Kleine Rosenthaler Strasse 9.
1911.

Referent: Universitätsprofessor Dr. Oertmann.

Literatur-Verzeichnis.

Die Kommentare bezw. Abhandlungen zum Anfechtungsgesetz von:

Bernhardi, 1903.
Cosack, 1884.
Falkmann, 1909.
Hartmann-Meikel, 5. Aufl. 1904.
Jaeckel, 1881.
Jaeger, 1905.
Korn, 2. Aufl. 1885.
Otto, 1881.
Petersen-Kleinfeller, Im Kommentar zur K.O. 4. Aufl. 1900.
Stiebeling, 1907.
Willenbücher-Günther, 3. Aufl. 1909.
v. Wilmowski-Kurlbaum-Kühne, Im Kommentar zur K.O. 6. Aufl. 1906.

Hellwig, Anfechtungsrecht nach der neuen Konkursordnung. Buschs Z. Bd. 26, S. 474ff.

Jess, Zum Reichsgesetz v. 21. Juli 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens. Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 68, S. 36ff.

Lippmann, Die rechtliche Natur des Anfechtungsrechts. Iherings Jahrb. Bd. 36, S. 145ff.

Meissner, Über die juristische Natur des Anfechtungsrechtes. In Gruchots Beiträgen. Bd. 32, S. 204ff.

Riehl, Das System des deutschen Gläubiger-Anfechtungsrechtes. Gruchots Beiträge. Bd. 53, S. 161ff.

Wendt, Die Konkurs- und Gläubigeranfechtung. Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 91, S. 442ff.

Binder, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft. 1895.
O. Fischer, Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Iherings Jahrb. Bd. 40, S. 151ff.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.
Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft. 1900.
Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1905.
Derselbe, Die praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft. Buschs Z. Bd. 37, S. 1ff.

Dalberg, Rechtskräftiges Urteil und Verstoss gegen die guten Sitten. Buschs Z. Bd. 40, S. 5ff.
Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozess. Fischers Abhandlungen. Bd. 18, H. 1.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozess. Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 80, S. 141ff.
Derselbe, Bürgerlich- und prozessrechtliche Elemente im Prozess und in der Zwangsvollstreckung. Grünhuts Zeitschr. Bd. 33, S. 561ff.
Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. Fischers Abhandlungen. Bd. 16, H. 2.
Reichel, Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte. Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 104, S. 71ff.
Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse. 1902.
Derselbe, Treu und Glauben im Zivilprozess. 1903.
Derselbe, Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben. Arch. f. bürgerliches Recht. Bd. 25, S. 269ff.
Derselbe, Das rechtkräftige Urteil als Titel der Anfechtungsklage und des anfechtbaren Erwerbes. Leipziger Zeitschr. Bd. 2, S. 521ff.
Walsmann, Besprechung über Kuttner. Buschs Z. Bd. 39, S. 545f.
Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Rechte. Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 100, S. 1ff.

Die Kommentare zur ZPO. von:
Gaupp-Stein, 8/9. Aufl. 1908.
Seuffert, 10. Aufl. 1908.
Struckmann-Koch, 8. Aufl. 1901 u. a. m.

Die Kommentare zum BGB. wie:
Neumann, 5. Aufl. 1909.
Oertmann, Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
Staudinger, 3/4. Aufl. 1908 u. a. m.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff. 1910.

Eccius, Preuss. Privatrecht. 7. Aufl. 1896.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechtes.
Windscheid-Kipp, Pandekten. 9. Aufl. 1906.

Betzinger, Beweislast im Zivilprozess. 3. Aufl. 1910.
Leonhard, Die Beweislast. 1904.

Mugdan-Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. IV.

Deutsche Juristen-Zeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Juristische Wochenschrift.

Die Arbeit von Voss, die Stellung des vollstreckbaren Schuldtitels zum Tatbestande der Gläubigeranfechtung, in Buschs Z., Bd. 40, S. 217ff., erschien nach Fertigstellung der Dissertation und konnte daher nicht mehr berücksichtigt werden.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung 9

Kapitel I.

Das Zurückgreifen auf die zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Forderung.

§ 1. Der Sinn und die Bedeutung des § 2 A.G.
a) Die Hineinbeziehung der Rechtskraft 10
b) Die Beschränkung auf rechtskräftige Urteile 12
c) Der vollstreckbare Schuldtitel als lediglich prozessuale Klagevoraussetzung 13

§ 2. Sinn und Bedeutung der „Forderung“ in § 2 A.G.
a) Die herrschende Meinung 17
b) Die Forderung als der zur Zwangsvollstreckung stehende Anspruch 19

§ 3. Der vollstreckbare Schuldtitel als materiellrechtliches Tatbestandsmoment für die Anfechtung 20

Kapitel II.

Der Kreis der Einwendungen.

§ 1. Die Kollusion.
a) Das Urteil als Bedingung im Sinne des § 162 BGB. 24
b) Die Anwendung der exceptio doli specialis 26
Exkurs: Das Versäumnisurteil im besonderen . . 27

§ 2. Der Einwand der Anfechtbarkeit.
a) Stand der Meinungen 29
b) Kritik der Ansichten 32
c) Die exceptio doli generalis 35
d) Der § 142, Abs. 2 BGB., als Prinzip 39

§ 3. Einwendungen aus § 767 ZPO.
a) Der Gedanke und die Bedeutung des § 767 ZPO. 40
b) Das beneficium competentiae 46
Anhang: Die Beweislast 49

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543502_0084

Einleitung.

Das Anfechtungsrecht ist dazu angetan, einschneidende Wirkungen auf die Rechtssphäre von Personen auszuüben, die ausserhalb des zwischen Gläubiger und Schuldner geknüpften obligatorischen Bandes stehen.

Es ist eine Frage rechtspolitischer Natur und wirtschaftlicher Zweckmässigkeit und hier nicht des näheren zu erörtern, wieweit das Gesetz mit seinen Bestimmungen dem Gläubiger entgegenkommen, wieweit es den Dritten schützen soll. Von Wichtigkeit aber ist es, zumal die Ansichten in mehr als einer Hinsicht auseinandergehen, nach dem gegenwärtig geltenden Recht die dem Anfechtungsbeklagten eingeräumte Verteidigungsstellung zum Gegenstande genauerer Untersuchung zu machen.

Das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 enthält in dieser Beziehung keine ausdrücklichen Vorschriften, sodass es der wissenschaftlichen Interpretation unter Zuhilfenahme bestehender Gesetzesnormen und grundlegender Rechtsgedanken vorbehalten bleibt, eine nicht nur den theoretisch-systematischen Sinn, sondern die praktischen fliessenden Lebensverhältnisse in gleicher Weise befriedigende Lösung der auftauchenden Probleme zu finden und beides miteinander in harmonischen Einklang zu bringen.

Kapitel I.

Das Zurückgreifen auf die zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Forderung.

§ 1. Der Sinn und die Bedeutung des § 2 A.G.

a) Die Hineinbeziehung der Rechtskraft.

Nichts ist naturgemässer als in der Verteidigungsstellung die Schwächen und Blössen des Angreifers zu entdecken und auszunutzen. Mit diesem Bilde ist auch hier der Weg gekennzeichnet, den die Betrachtung des Themas einzuschlagen hat.

Die Waffe des anfechtenden Gläubigers ist der § 2 A.G., der mithin auf seinen Gehalt zu prüfen ist. § 2 A.G. lautet: „Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, und dessen Forderung fällig ist, befugt, sofern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, dass sie zu einer solchen nicht führen würde."

Ueber die Tragweite dieser Gesetzesbestimmung sind auch heute noch die Meinungen sehr geteilt. Der Kern der Kontroverse liegt, wie sich im Laufe der späteren Ausführungen im einzelnen ergeben wird, in der Frage: Kann sich der Anfechtungsbeklagte im Anfechtungsprozesse damit verteidigen, dass er auf das Bestehen bezw. Nichtbestehen einer materiellrechtlichen Forderung zurückgreift, gehört also eine solche zum Klagegrund der Anfechtungsklage?

Zur Beantwortung dieser prinzipiellen Frage bedarf es der Erörterung einiger damit eng verbunde-

nen, die ihrerseits wiederum verschieden beurteilt werden. Es handelt sich darum, welchen Sinn und welche Bedeutung der „vollstreckbare Schuldtitel“ in § 2 A.G. hat; und damit hängt des weiteren die Lösung der Frage zusammen: Welche Einwendungen sind dem Anfechtungsbeklagten gestattet, m. a. W. Grenzen und Umfang seiner Verteidigung ergeben sich aus der grundsätzlichen Auffassung über die Natur des Vollstreckungstitels.

Viele Schriftsteller gehen bei ihren Untersuchungen von dem Gedanken der Rechtskraft aus, um von da ihre weiteren Schlüsse zu ziehen. Mendelssohn-Bartholdy[1]) steht auf dem Boden der absoluten Wirkung der Rechtskraft, er erstreckt also deren Wirkungen auf den Anfechtungsbeklagten. Daraus würde sich ergeben, dass das Urteil unangreifbar in vollem Umfange auch gegen den Anfechtungsbeklagten zu gelten hat. Cosack,[2]) Pagenstecher[3]) u. a. m. argumentieren dahin, dass das rechtskräftige Urteil eine Forderung begründe, selbst wenn vorher eine solche nicht bestanden habe, gleichviel, ob der Prozess falsch oder richtig entschieden sei.

Den grundlegenden Fehler bei dieser Art der Betrachtung rügt O. Fischer[4]) zutreffend dahin, dass die deklaratorische Natur des rechtskräftigen Urteils über Bord geworfen wird, „man wäre bei der allgemeinen und absoluten Wirksamkeit des rechtskräftigen Urteils für und gegen jedermann angelangt“. Abgesehen aber davon liegt in der genannten Auffassung des § 2 A.G. eine weitere Unrichtigkeit.

---

[1]) a. a. O. S. 491 ff.

[2]) a. a. O. S. 39.

[3]) Vgl. Rechtskr. S. 305 und Buschs Z. Bd. 37 S. 1 ff. dort auch weitere Literatur.

[4]) Jhg. Jhb. Bd. 40, S. 246; vgl. auch R. G. Bd. 71, S 199 ff.

b) Die Beschränkung auf rechtskräftige Urteile.

Die genannten Vertreter und mit ihnen andere mehr in ähnlichem Sinne[5]) exemplifizieren, wie Kuttner[6]) richtig hervorhebt, ausschliesslich auf rechtskräftige Urteile als vollstreckbare Schuldtitel. Diese Begrenzung ist jedoch unzulässig, denn der § 2 A. G. spricht nicht von rechtskräftigen Urteilen, sondern vom vollstreckbaren Schuldtitel im allgemeinen. Dazu gehören z. B. auch die vollstreckbaren Urkunden des § 794 N.5 ZPO. oder die gerichtlichen Vergleiche. Wer daher von vornherein sein Gesichtsfeld einengt, muss naturgemäss im engen Rahmen bleiben und zu unrichtigen Ergebnissen gelangen. Alle vollstreckbaren Schuldtitel jedoch haben insgesamt dieselbe rechtliche Bedeutung im Sinne des § 2 A.G., sie müssen daher insbesondere gleichwertig sein für die Entscheidung, mit welchen Einwendungen der Anfechtungsbeklagte sich dagegen verteidigen kann.

Es ist daher weder für eine Auseinandersetzung über die deklaratorische Natur des rechtskräftigen Urteils hier Raum — da eine solche Beschränkung als zu eng zu verwerfen ist —, noch kann die Frage nach der Rechtskraft für die Untersuchung in Betracht gezogen werden. Das ist vielmehr völlig auszuschalten, da es vollstreckbare Titel ohne Rechtskraft, wie auch umgekehrt rechtskräftige Urteile ohne Vollstreckbarkeit gibt.

Nach der oben bereits abgewiesenen Ansicht würde der Anfechtungsbeklagte, ganz abgesehen von der Frage der Rechtskrafterstreckung auf ihn, den Mangel einer zugrunde liegenden „Forderung“ jedenfalls nicht

[5]) Vgl. Jaeckel, a. a. O. S. 16; Eccius, I § 114 N. 27.
[6]) a. a. O. S. 43 ff.

geltend machen können. Das wäre insofern auch gar nicht denkbar, weil die genannte Ansicht, wenn auch vor dem Urteile eine Forderung nicht bestanden hat, mit diesem eine solche entstehen lässt.

Die genannten Vertreter scheinen also die Notwendigkeit einer Forderung für so wichtig zu erachten, dass sie die bereits von Hellwig[7]) mit Recht abgelehnte Interpretation sich für den § 2 A.G. zu eigen machen: Anfechtungsberechtigt ist, wer

1. eine fällige Forderung und
2. einen vollstreckbaren Titel besitzt, deren Erwerb nach ihrer Meinung auch zeitlich zusammenfallen kann.

c) Der vollstreckbare Schuldtitel als lediglich prozessuale Klagevoraussetzung.

Den richtigen Ausgangspunkt bei ihren Untersuchungen nehmen Jaeger,[8]) Otto[9]) und Bernhardi.[10]) Sie betonen zutreffend, dass das rechtskräftige Urteil nur in den Grenzen des § 325 ZPO. wirkt. Deshalb sei der Anfechtungsgegner durch die Rechtskraft nicht gebunden, und die Feststellung der Forderung im Urteile ihm gegenüber bedeutungslos.

Soweit diese Ausführungen sich unzulässigerweise auf rechtskräftige Urteile beschränken, sind sie bereits zurückgewiesen. Im übrigen muss ihnen jedoch der Vorwurf Kuttners[11]) entgegengehalten werden, „sie verfielen in das entgegengesetzte Extrem".

---

[7]) Rechtskr. S. 90. Anm. 36a.
[8]) a. a. O. § 2 Anm. 34 ff.
[9]) a. a. O. S. 239.
[10]) a. a. O. S. 11 ff.
[11]) a. a. O. S. 45.

Die genannten Schriftsteller — und ihnen folgt neuerdings auch Riehl[12]) — kommen im wesentlichen, wenn auch mit einigen Abweichungen bezüglich der Beweislast[13]) — zu folgendem Ergebnisse: „Der Schuldner braucht sich um den vollstreckbaren Schuldtitel gar nicht zu kümmern".[14]) Alles, was daraus hervorgeht, kann er bestreiten, und den Beweis, der ihm gegenüber noch gar nicht geführt ist, erwarten.

Nach dieser Auffassung kann der Anfechtungsbeklagte stets auf das Bestehen bezw. Nichtbestehen einer Forderung zurückgreifen. Es würde etwa ihm stets der Einwand zuzubilligen sein, ein Formerfordernis für die Entstehung der Forderung sei nicht vorhanden, mithin eine Forderung nie entstanden.

Soweit nicht auch hier die bereits abgelehnte Auslegung des § 2 A.G. zu erblicken ist, wonach zur Anfechtung Vollstreckungstitel und Forderung berechtigen,[15]) beruht die angeführte Meinung, wie Kuttner[16]) zutreffend hervorhebt, „auf der konsequenten Durchführung eines unrichtigen Gedankens, den die Vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts in einer Plenarentscheidung vom 27. April 1898 ausgesprochen haben".[17]) Dort wird ausgeführt, dass das Vorhandensein des im § 2 A.G. geforderten vollstreckbaren Schuldtitels lediglich eine Voraussetzung für die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes, nicht einen Bestandteil des Klagegrundes bilde. Dieser Irrtum wird von Jaeger[18]) auch richtig erkannt, merkwürdigerweise jedoch beseitigt er ihn nicht, sondern auch er beharrt dabei, den Schuldtitel lediglich als

[12]) a. a. O. S. 162.
[13]) Vgl. Otto, a. a. O. S. 239.
[14]) Vgl. Bernhardi, a. a. O. S. 13.
[15]) Vgl. S. 13.
[16]) a. a. S. 46 ff.
[17]) R. G. Bd. 41. S. 87.
[18]) a. a. O. § 2 Anm. 6.

prozessuale Klagevoraussetzung anzusehen. Nun traf aber die Entscheidung des Reichsgerichts weder den Kern der damals zu beurteilenden Frage, ob nämlich der Titel bereits zur Zeit der Klageerhebung vorliegen müsse, noch wäre sie richtig gewesen, wenn der Titel als Bestandteil des Klagegrundes angesehen worden wäre. Auch im letzteren Falle wäre die Folgerung, dass der Titel zur Zeit der Klageerhebung vorliegen müsse, noch wäre sie richtig gewesen, wenn der Titel eine solche Auffassung nicht. Man beachte die §§ 278, 323 II, 529, 767 II ZPO., die zur Genüge erweisen, dass es stets ausreichend ist, wenn die einzelnen klagebegründenden Tatsachen, auf die sich die Klage als Ganzes stützt, bis zur Schlussverhandlung erster oder zweiter Instanz aufgebracht werden.

Mit dieser Erkenntnis aber gelangt man, wie Kuttner beizupflichten ist, auf die tiefste Wurzel aller Meinungsverschiedenheiten:[19])

„Diejenigen nämlich, die den vollstreckbaren Schuldtitel nicht zum materiellen Entstehungstatbestand des Anfechtungsrechts rechnen, müssen statt seiner ein anderes Moment zu einem Bestandteile des Klagefundamentes des Anfechtungsrechtes machen, nämlich das Vorhandensein einer materiellrechtlichen Forderung des anfechtenden Gläubigers an den Schuldner."

Dies spricht unzweideutig Jaeckel[20]) aus, nach dem nicht das formale Vorhandensein eines vollstreckbaren Schuldtitels genügt, sondern unter ihm auch eine wirklich materiell bestehende Forderung vorliegen muss. Dass auch Jaeger auf diesem Standpunkt steht, folgt aus seiner Erklärung:[21])

---

[19]) a. a. O. S. 47.
[20]) a. a. O. S. 16.
[21]) a. a. O § 2. Anm. 7.

„Das Dasein eines befriedigungsbedürftigen Anspruches wider den exequendus ist für Entstehung, Fortdauer und Umfang der Anfechtungsverbindlichkeit massgebend. Mit ihm geht sie über und unter. Er gehört zum Grunde der Anfechtungsklage, während das Titelerfordernis des § 2 nur ihre Zulässigkeit bedingt. Freilich hat der § 2 nicht den Sinn, dass er die materielle Voraussetzung des Bestandes einer „Forderung" aufstellt (vgl. schon § 1 verb. „eines Gläubigers"), immerhin bestätigt er in den Worten: „Gläubiger, dessen Forderung fällig ist", jene Voraussetzung mittelbar."

Es ist das Verdienst Kuttners,[22]) mit scharfer Argumentation hierin die gemeinsame und letzte Fehlerquelle sämtlicher gegnerischen Ansichten erkannt und blossgelegt zu haben.

Es lässt sich in der Tat bei genauerem Hinsehen mit geringer Mühe feststellen, dass die Vertreter der bisher erwähnten Meinungen sich in einer bestimmten Auffassung begegnen. Und zwar betrachten nicht nur jene Schriftsteller, die mit der materiellen Rechtskraft operieren und aus ihr das Prozessführungsrecht (Aktivlegitimation) des Anfechtungsklägers herleiten, sondern auch, wie bereits gesagt, die kurz vorher genannten[23]) eine wirklich bestehende materielle Forderung als zum Klagegrund der Anfechtungsklage gehörig. Somit bleibt hiernach nichts anderes übrig, als folgerichtig den Vollstreckungstitel nur noch als prozessuale Klagevoraussetzung zu charakterisieren.

[22]) a. a. O. S. 48.
[23]) Vgl. S. 13, 15.

§ 2. Sinn und Bedeutung der „Forderung" in § 2 A.G.

a) die herrschende Meinung.

Will man die Entscheidung darüber treffen, ob der Anfechtungsbeklagte bei seiner Verteidigung auf die „Forderung" zurückgreifen könne, so spitzt sich, wie Kuttner[24]) zuzugeben ist, alles auf die Frage zu: „Gehört zu den materiell anspruchsbegründenden Tatsachen des Anfechtungsrechtes das Bestehen einer wirklichen materiellen Forderung des Gläubigers an den Schuldner oder gehört zum materiellen Anspruchsfundament lediglich das äussere Vorhandensein eines wirksamen Vollstreckungstitels des Gläubigers gegen den Schuldner?"

Die herrschende Meinung, mit der Kuttner im Ergebnisse übereinstimmt, beantwortet die Frage im zweiten Sinne. Sie geht dabei auf die Lehre der Motive zum Gesetze zurück, in denen es lautet:[25]) „Der vollstreckbare Schuldtitel begründet in genügender Weise die Legitimation des Gläubigers gegenüber dem Dritten. Ein sonstiger Nachweis der Forderung des Gläubigers ist nicht erforderlich . . . . . Der Gläubiger braucht sich nur auszuweisen, dass er dem Schuldner gegenüber das selbständige Recht erlangt habe, in Höhe eines bestimmten Schuldbetrages seine Befriedigung aus dem Vermögen desselben zwangsweise zu suchen." Hierzu tritt ergänzend die allerdings noch für das preussische Gesetz vom 9. Mai 1855 ergangene Entscheidung des Reichsgerichtes vom 22. Februar 1882.[26]) Diese Entscheidung ist auch heute noch zu verwerten, da durch das Reichsgesetz vom

[24]) a. a. O. S. 48.
[25]) a. a. O. S. 12 f.
[26]) R. G. Bd. 7. S. 188 ff.

21. Juli 1879 im Wesen der Sache selbst nichts geändert worden ist. In der angeführten Entscheidung heisst es: „Die Befugnis des Gläubigers, die Rechtshandlungen des zahlungsunfähigen Schuldners anzufechten, beruht auf seinem Exekutionsrechte und ist als eine Erweiterung der Exekutionsvollstreckung anzusehen. Deshalb gibt das Gesetz das Anfechtungsrecht nur dem Gläubiger, welcher gegen den Schuldner einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat. Bei diesem Wesen der Anfechtung bildet dieser Schuldtitel nicht bloss die Legitimation für den Gläubiger zur Klage; vielmehr begründet er — in Verbindung mit anderen Voraussetzungen — das Anfechtungsrecht selbst. Hieraus folgt aber, dass auch der Anfechtungsbeklagte solchen gegen sich gelten lassen muss und dass ihm ebensowenig wie dem Schuldner der Gegenbeweis gegen die tatsächlichen Unterlagen des Judikates zusteht. Denn im anderen Falle würde das durch das Judikat begründete Exekutionsrecht, obgleich dasselbe durch die Anfechtung in Vollzug gesetzt werden soll, gerade aufgehoben werden."

Die hier für den Anfechtungsbeklagten ausgesprochene Unzulässigkeit des Zurückgreifens auf die Forderung ist auch später vom Reichsgericht aufrecht erhalten worden.[27]) Ob man das Anfechtungsrecht dabei als verlängerten Arm der Exekution, also als einen Akt der Zwangsvollstreckung, auffast oder, wie heute mit Recht die Mehrheit, als obligatio ex lege, d. h. als ein unmittelbar im Gesetze begründetes Schuldverhältnis, ist, wie bereits RG. Bd. 68 S. 138 richtig hervorhebt, für die prinzipielle Betrachtung gleichgültig.

[27]) Vgl. dazu R. G. Bd. 39. S. 15; in J. W. 92 S. 301,366: J. W. 95 S. 267; aus neuerer Zeit ist wichtig R. G. Bd. 68 S. 138, wo auch ausdrücklich gegen Jaeger Stellung genommen wird.

b) Die Forderung als der zur Zwangsvollstreckung stehende Anspruch.

Darauf jedoch ist zu achten, dass, wie Hellwig[28]) betont, „Gläubiger“ im Sinne des § 2 A.G. ebenso wie im 8. Buche der ZPO. der Vollstreckungsberechtigte ist. Und zutreffend erweitert Kuttner[29]) diese Ausführungen dahin, dass andernfalls die Begriffe „Forderung“ oder „Anspruch“ im 8. Buche der ZPO. den in Wirklichkeit materiell bestehenden Anspruch bezeichnen müssten. Dies ist aber nicht der Fall, sondern es handelt sich bei den erwähnten Begriffen einzig und allein um den nach Massgabe des Vollstreckungstitels vorausgesetzten „zur Zwangsvollstrekkung stehenden Anspruch“ (§ 788 Abs. 1 ZPO.). In gleicher Weise ist aber auch im Anfechtungsgesetze mit dem Begriffe „Forderung“ nur die zur Zwangsvollstreckung stehende, nicht aber eine materiellrechtlich bestehende Forderung gemeint. Andernfalls müsste logischerweise mit Kuttner gefolgert werden, dass im § 751 ZPO. die Zwangsvollstreckung eines betagten Anspruches nur bei einem wirklich bestehenden, materiellrechtlichen stattfinden dürfe, eine Konsequenz, die wohl niemand ziehen wird. In der gleichen Lage jedoch befindet man sich bei der Auslegung des § 2 A.G. Gerade jene vielen Interpreten verhängnisvollen Worte des § 2 sind bei den Verhandlungen über das Gesetz von der Reichstagskommission hinzugefügt worden mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass damit nur gesagt sein solle, wegen bedingter und befristeter Ansprüche könne die Anfechtung nicht ausgeübt werden vor Fälligkeit dieser Forderungen. Dieser Zusatz war allerdings unnötig, denn er reicht mit

[28]) Rechtskr. S. 89 f.
[29]) a. a. O. S. 50.

seinem Inhalt nicht über den Sinn des § 751 ZPO. hinaus. Kann nach dieser Gesetzesvorschrift die Vollstreckung vor Eintritt der Fälligkeit nicht begonnen werden, so im § 2 A.G. analog auch nicht die Anfechtung, für die eine bereits stattgefundene fruchtlose Vollstreckung Bedingung ist. Aus dem unnötigen Zusatz in § 2 kann also die bereits abgelehnte Auffassung nicht hergeleitet werden. Zu dieser Ablehnung gelangt man aber nicht etwa durch übertriebenen Motivenkultus, sondern zu der gewonnenen Erkenntnis verhilft System und Sinn des Gesetzes.

§ 3. Der vollstreckbare Schuldtitel als materiellrechtliches Tatbestandsmoment für die Anfechtung.

Es folgt daher der Standpunkt Kuttners als der richtige:[30])

„Die alleinige Abhängigkeit des Anfechtungsanspruches von dem Vollstreckungsrechte, welches dem „Gläubiger" im Sinne des 8. Buches der ZPO. kraft des Vollstreckungstitels gegenüber dem „Schuldner" zusteht, weist den richtigen Weg für die rechtliche Beurteilung des Titelerfordernisses."

Das blosse formale Vorhandensein des Vollstreckungstitels genügt zur Geltendmachung der Anfechtung, denn nicht für eine materielle Forderung, sondern wegen des Vollstreckungsanspruches findet sie statt. Der Vollstreckungstitel bildet ein „materiellrechtliches Tatbestandsmoment für die Entstehung eines neuen zivilistischen Anspruchs". Soweit Urteile in Frage kommen — und dies wird in der Mehrzahl der Fall sein —, darf diese Funktion, die Erzeugung eines neuen privatrechtlichen Anspruchs nicht mit der materiellen Rechtskraftwirkung oder der Vollstreckungs-

[30]) a. a. O. S. 50.

wirkung des Urteils verwechselt werden.[31]) Beide Wirkungen haben mit der hier zu behandelnden Erscheinung nichts zu tun. Wie Kuttner grundlegend dargelegt hat, handelt es sich um einen Fall der „privatrechtlichen Nebenwirkung“ des Zivilurteils, d. h. das Urteil (der vollstreckbare Schuldtitel) bildet entweder allein oder, wie hier, in Verbindung mit anderen Voraussetzungen ein Begründungselement für die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen, hier also für die Entstehung des Anfechtungsanspruches. In dieser Form bedeutet die Lehre Kuttners den Ausbau der bereits von Wach[32]) hervorgehobenen „Tatbestandswirkung“ oder, mit dem Ausdrucke von Hellwig,[33]) der „Reflexwirkung“ des Urteiles.

Der Unterschied zwischen der materiellen Rechtskraftwirkung und der zivilistischen Nebenwirkung ist schon ein äusserlicher insofern, als für die materielle Rechtskraft die formelle unumgängliche Voraussetzung ist, was für die Nebenwirkung nicht zutrifft. Dann aber ist der Nebenwirkung eigentümlich, dass die zivilistischen Rechtsfolgen, die das Urteil als äusseres Geschehnis nach sich zieht, nicht vom Urteilsinhalt gedeckt werden, sondern vom Gegenstande der Entscheidung getrennt liegen.

---

[31]) Dass dieser Anspruch dem prozessrechtlichen Gebiete angehöre, wie für die Anfechtung Hellwig (vgl. Rechtskr. S. 90 Anm. 36) und Lippmann a. a. O. S. 163) meinen, ist zurückzuweisen. Hierbei wird verkannt, dass zwar Veranlassung und Zweck der Anfechtungsklage die Vollstreckung ist, aber dennoch fällt sie nicht unter das Prozessrecht, denn die Entsetzung des Anfechtungsgegners aus seinem objektiv-rechtsmässig erworbenen Eigentum muss auf zivilistischer Grundlage beruhen.

[32]) a. a. O. S. 626 ff.

[33]) Vgl. Rechtskr. S. 21 ff.

Von der Vollstreckungswirkung unterscheidet sich die Nebenwirkung dadurch, dass sie nicht wie jene, den in der Klage geltend gemachten und zuerkannten Anspruch realisieren will; ihr Ziel geht vielmehr auf die Begründung, Aufhebung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen, die mit dem Gegenstande der Klage nichts zu tun haben, bei der Nebenwirkung handelt es sich gerade nicht um die Verwirklichung des eingeklagten und zuerkannten Anspruchs.[34])

Die hier vertretene Anschauung über den Sinn und die Bedeutung des vollstreckbaren Titels steht auch im Einklange mit dem Gesetze. Vor Erlangung des vollstreckbaren Titels ist nach § 4 des Gesetzes nur eine Ankündigung der „Absicht", die Anfechtung vornehmen zu wollen, zulässig. Ferner weist § 5 den Richter an, dem Anfechtenden eine Frist zur Herbeischaffung des Titels zu gewähren, und schliesslich bedeutet die Vorschrift des § 10 in ihrer unterschiedslosen Gleichstellung von rechtskräftigen und nicht rechtskräftigen Urteilen nichts weniger als eine Bestätigung der hier vertretenen Ansicht.

Freilich warnt R i e h l[35]) vor der Anwendung des § 10 zur Rechtfertigung der sowohl hier vertretenen als auch der gegnerischen Meinung, die von sich aus den genannten Paragraphen mit einem Scheine von Berechtigung verwendet. Durch die Behauptung aber, der § 10 sei systemwidrig und unvernünftig und wegen seiner Halbheit überflüssig, wird immerhin noch nicht, wie R i e h l folgert, ein Recht erworben, diese Gesetzesvorschrift kurzerhand zu ignorieren. Das wäre ein schwerer Verstoss. Denn mag auch eine Gesetzesvorschrift, was hier nicht einmal der Fall ist, „systemwidrig und unvernünftig" sein, so ist es aus

[34]) Vgl. die eingehende Darstellung bei K u t t n e r, S. 5ff., mit Literaturhinweisungen.

[35]) a. a. O., S. 162ff.

diesem Grunde nicht gestattet, sie zu verleugnen, um unbequemen Konsequenzen oder „einer erschrecklichen Anzahl unerquicklicher und unlösbarer Kontroversen“ aus dem Wege zu gehen.

Nachdem in dieser Weise die Auffassung über den vollstreckbaren Schuldtitel festgelegt ist, kann die Beantwortung der Frage, ob es dem Anfechtungsbeklagten bei seiner Verteidigung zugebilligt werden kann, auf die „Forderung“ zurückzugreifen, dahin formuliert werden:

Grundsätzlich darf vom Anfechtungsgegner nicht eingewendet werden, dass die im vollstreckbaren Titel festgestellte Forderung nicht entstanden sei. Das gilt, wie bereits mehrfach betont, für alle Arten von Vollstreckungstiteln, für Versäumnisurteile so gut wie für andere, und nicht nur für Urteile. Dies folgt nicht aus der materiellen Rechtskraft, mit der die Frage nach der Vollstreckbarkeit nicht immer und nicht notwendig zusammenhängt, sondern daraus, dass das blosse äussere Vorhandensein des Vollstreckungstitels in Verbindung mit den übrigen Bedingungen ein ausreichendes materiellrechtliches Tatbestandsmoment für eine neue zivilistische Rechtsfolge, nämlich für die Entstehung des Anfechtungsanspruches abgibt. Es bleibt deswegen für die Frage nach der Verität der Forderung kein Raum, und ein Zurückgreifen des Anfechtungsgegners darauf muss vom Richter als unzulässig zurückgewiesen werden. Es würde in der Tat zu einer wahren „Anarchie in der Rechtspflege“ führen, wenn jedes beliebige Amtsgericht etwa einen in 3 Instanzen mühsam durchgefochtenen Rechtsstreit sollte noch einmal aufrühren können.

Kapitel II.

Der Kreis der Einwendungen.

§ 1. Die Kollusion.

a) Das Urteil als Bedingung im Sinne des § 162 BGB.

Der Vollstreckungstitel als materiellrechtliches Tatbestandsmoment für die Entstehung des Anfechtungsanspruches war das Resultat der bisherigen Untersuchung, die den § 2 A.G. zum Gegenstande hatte. § 2, die Waffe des Anfechtungsklägers abzustumpfen, daraufhin geht das Bestreben des Anfechtungsbeklagten in seiner Verteidigungsstellung. Den Vollstreckungstitel wirkungslos vom Anfechtungsgegner abprallen zu lassen, bezweckt der Einwand der Kollusion, d. h. der Einwand, der vollstreckbare Schuldtitel sei in der bewusst rechtswidrigen Absicht durch abgekartetes Zusammenwirken von Gläubiger und Schuldner zur Schädigung des Anfechtungsbeklagten in die Welt gesetzt worden.

Da in der Literatur fast ausschliesslich diese Frage in Beziehung allein zum Urteil geschieht, so soll das auch hier der Fall sein, immer aber unter der Berücksichtigung, dass die richtige Systematik des Anfechtungsgesetzes den weiteren Kreis bis zum allgemeinen Begriff des vollstreckbaren Schuldtitels zu schlagen hat. Die Betrachtung des Urteils für sich ist hier auch deswegen angebracht, weil die Mehrheit der Schriftsteller das Problem der materiellen Rechtskraft hineinmengt, das ja, wie bereits erörtert, für die

Untersuchung aus dem Spiele zu lassen ist.[1]) Im besonderen aber ist bei der Beantwortung nach der Zulässigkeit des Kollusionseinwandes auf die Frage der materiellen Rechtskraft einzugehen nicht erforderlich. Wenn das Reichsgericht in Bd. 61 S. 359 ff. ausspricht: „Die Wirkung der Rechtskraft muss da zessieren, wo sie bewusst rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt wird, um dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechts zu geben," so hat man diesen Satz nicht nötig, um damit die Zulässigkeit des Einwandes der Kollusion oder Simulation zu begründen. Ausserdem aber ist in dem Ausspruch des Reichsgerichts ein Zirkelschluss enthalten.[2]) Das Reichsgericht versäumt es zu sagen, was es denn unter „Zessieren der Rechtskraft" verstehe. Und da derjenige, der die materielle Rechtskraft angreift, nach den Worten des Reichsgerichts unter anderem beweisen muss, dass dem, was „nicht Recht ist", der Stempel des Rechts gegeben sei, so ist damit, wie Dalberg richtig schliesst, bereits die Rechtskraft zessiert, ohne dass für eine derartige Verletzung der Rechtskraft vom Reichsgericht eine Rechtfertigung erfolgt.[3])

Um eine Vernichtung der materiellen Rechtskraft handelt es sich jedoch nicht. Die in Rede stehenden Fragen tauchen vielmehr auch da auf, wo es sich um die Nebenwirkungen von Urteilen handelt, die weder notwendig formell noch materiell rechtskräftig zu sein

[1]) Vgl. S. 12.

[2]) Vgl. Dalberg a. a. O., S. 23f.

[3]) Der Meinung des RG. folgen vor allem: Wendt, Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 100, S. 302/20; Dernburg, DJZ. 05, S. 465ff.; Kohler bei Grünhut, Bd. 33, S. 563. Dagegen: Hellwig, Rechtskr., S. 21, Nr. 53; S. 90, Nr. 39; Lehrbuch II, § 71, Nr. 22—27. Mendelssohn-Bartholdy, Rechtskr. S. 357ff.; Pagenstecher, Rechtskr., S. 296, 395—409; Gaupp-Stein, ZPO., § 322, Nr. 81 und vor Nr. 22.

brauchen.[1]) Es handelt sich hier darum, ob das Urteil (der vollstreckbare Schuldtitel) ein genügendes materiellrechtliches Begründungselement für die Auslösung der Nebenwirkung (der Anfechtung) bilden kann. Kuttner zieht zur Begründung in wohlberechtigter Ausdehnung und Erkenntnis des darin enthaltenen allgemein gültigen Rechtsprinzips den § 162 BGB. heran.

Das Urteil ist Bedingung für die Entstehung eines neuen zivilistischen Anspruchs, wirkt also genau in der gleichen Weise wie eine gewöhnliche parteiliche Bedingung nach § 158 BGB. Nun bestimmt § 162 Abs. 2 BGB.:

„Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt."

Was aber für die conditio facti gilt, das muss logischerweise auch für die conditio juris gelten. Walsmann[5]) findet, dass auch ohnedies die Begründung der Zulässigkeit des Kollusionseinwandes nur wenig Schwierigkeiten bereiten könne. Gewiss kann mit dem Allgemeinbegriff des dolus operiert werden. Wenn aber das Gesetz hinreichende Anhaltspunkte zur systematischen Einordnung in ähnlichen Vorschriften gibt, so ist es angebracht, sie zu benutzen.

b) Die Anwendung der exceptio doli specialis.

Der Einwand der Kollusion wird nach dem bisher Ausgeführten als Fall der exceptio doli specialis s. praeteriti aus dem genannten Paragraphen abzulei-

[1]) Vgl. für die folgende Darstellung im besonderen Kuttner, S. 198ff., auf den sich die hier vertretene Auffassung stützt.

[5]) Buschs Z., Bd. 39, S. 545f.

ten sein.[6]) Dieser Auffassung hat sich bereits Reichel[7]) angeschlossen.

Eine durch vorsätzlich wider Treu und Glauben herbeigeführte, sonst mögliche, subjektive Berechtigung versagt.[8])

Mit Kuttner kann daher der Grundsatz formuliert werden:

„Eine vom Gesetz an bestimmte Tatbestandsmomente geknüpfte zivilistische Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn eines der erforderlichen Tatbestandsmomente von derjenigen Partei, zu deren Vorteil die Rechtsfolge gereichen würde, wider Treu und Glauben herbeigeführt wird."

Was hier zwischen den Parteien gilt, kann sinngemäss auch gleiche Anwendung finden, wo das Urteil zivilistische Nebenwirkungen hervorbringt. Die dem Urteil innewohnende Kraft, seine Reflexwirkung gegenüber dem Dritten, zersplittert an der Einwendung, dass es in doloser Weise herbeigeführt sei.

Exkurs: Das Versäumnis-Urteil im besonderen.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhange eine Erörterung darüber, wie weit man die Grenzen des arglistigen Verhaltens im Prozesse zu ziehen habe, besonders bei der Erwirkung von Versäumnisurteilen. Man denke etwa den Fall, dass der Gläubiger im Prozesse gegen den säumigen Schuldner ein in Wirklichkeit gar nicht bestehendes Formerfordernis behauptet, so dass eine Verurteilung erfolgt. Beim Schenkungsversprechen z. B. ist nach § 518 BGB. gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erfor-

---

[6]) Vgl. auch RG., JW. 04, S. 89, Nr. 7; RG., Bd. 58, S. 356; Bd. 61, S. 364/5; Bd. 64, S. 223.

[7]) a. a. O., S. 76.

[8]) Abgelehnt wird der Kollusionseinwand bei Petersen-Kleinfeller, vgl. S. 783 a. a. O.

derlich. Zur Schlüssigkeit des Klageantrages gehört die Behauptung, das Formerfordernis sei gewahrt.[9]) Und nach § 331 ZPO. ist das Vorbringen des Klägers beim Nichterscheinen des Beklagten insoweit als von diesem zugestanden anzusehen, als es den Klageantrag rechtfertigt. Dieses Vorbringen musste aber auch der nicht anwesenden Partei rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt sein, da sonst nach § 335 Ziff. 3 ZPO. ein Versäumnisurteil nicht erlassen werden kann. Angenommen nun, in Wahrheit wäre ein Schenkungsversprechen nicht in der erforderlichen Form gegeben, so trifft nach dem Grundsatz des § 254 BGB. den Beklagten ein konkurrierendes Verschulden, dessen Folgen er zu tragen hat. Ist also die Behauptung von der Wahrung der Form erlogen, so kann dies für sich allein den Kläger nicht immer und grundsätzlich als dolos handelnden hinstellen. Wie RG. Bd. 61 S. 362 zutreffend ausspricht, sind jedem Beklagten vom Recht genügend Mittel zur Beseitigung falscher, noch nicht rechtskräftiger Urteile gegeben. Gegen ein Versäumnisurteil, das auf Grund einer wahrheitswidrigen Behauptung des Klägers erlassen wird, ist der Einspruch zulässig. Will der Beklagte die ihm in der Klageschrift zugestellte wahrheitswidrige Behauptung nicht rügen, so kann unter Umständen der Kläger vermuten, dass der nicht erschienene Beklagte auf einen diesbezüglichen Einwand verzichten und sich verurteilen lassen wolle. Nach dem geltenden Recht haben es die Parteien in der Hand, die Prozesslage durch Gebrauch oder Nichtgebrauch aller ihnen vom Gesetze gebotenen Mittel, und damit ihre Rechtslage, günstig oder ungünstig zu beeinflussen. Notwendig dolos braucht demnach ein einseitiges falsches Vorbringen

[9]) Vgl. Reichel a. a. O., S. 72.

dem Gegner gegenüber nicht zu sein.[10])[11]) Im Wesen des dolosen Verhaltens liegt es, dass der Gegner dem auf ihn gerichteten arglistigen Angriff ohne Verteidigungsmittel, und oft auch ahnungslos, ausgesetzt ist. Das trifft beim Versäumnisurteil, soweit nicht auch dessen Rechtskraft arglistig herbeigeführt wird, an und für sich nicht zu.

§ 2. Der Einwand der Anfechtbarkeit.

a) Stand der Meinungen.

Verwandt mit der Frage nach der Zulässigkeit des Einwandes der Kollusion ist eine weitere, in der Literatur nur spärlich behandelte, die letzten Endes ebenfalls unter den Allgemeinbegriff des dolus fällt. Meist geschieht die Behandlung dieser nun in Angriff zu nehmenden Streitfrage unter dem Gesichtspunkte, ob es zulässig sei, den Kreis der dem Anfechtungsgegner zustehenden Einwendungen dahin zu erweitern, dass man sagt: es seien auch solche Einwendungen zulässig, die geltend machen, dass die Rechtshandlung, auf der die Forderung des Gläubigers beruht, selbst anfechtbar sei.

Zugelassen wird dieser Einwand von Cosack[12]) mit der Begründung, dass das Schweigen des Gesetzes den gegenteiligen Beweis nicht erbringe. „In der Tat wäre es undenkbar, dass ein Geschenknehmer eine andere gleichzeitige oder ältere Schenkung seines

[10]) Vgl. die näheren Ausführungen bei Reichel a. a. O., S. 79–80.

[11]) Im Grunde hängt die Abgrenzung des dolosens Verhaltens von der Beantwortung der Frage ab, wieweit man ein generelles Lügenverbot für den Prozess statuieren will. Darauf kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. jedoch die Literaturangaben bei Geib a. a. O., S. 198, Anm. 2.

[12]) a. a. O., S. 38.

Autors sollte anfechten können, lediglich weil die eine Schenkung erfüllt, die andere wegen Insolvenz des Gebers dagegen unerfüllt und eine vollstreckbarer Titel für dieselbe erstritten worden ist. Und auch das wäre sinnwidrig, etwa von dem im Besitze befindlichen Geschenknehmer zu verlangen, auch sich einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen und demnächst der Anfechtungsklage eine entsprechende Widerklage entgegenzustellen. Dem Anfechtungsgegner ist deshalb überall, auch ohne dass er für seinen eigenen Besitzstand einen vollstreckbaren Titel aufweisen kann, der Einwand zu gewähren, dass die gegnerische Forderung objektiv anfechtbar sei. Dabei wird bei dem Schweigen des Gesetzes ein Unterschied zwischen den einzelnen Fällen der Anfechtung nicht gemacht werden können, und es wird deshalb einem Geschenknehmer selbst die paulianische Anfechtung zu versagen sein."

Den gleichen Gedanken bringt Seuffert[13]) zum Ausdruck und begründet seine Ansicht damit, dass das Gegenteil „absurd" wäre. Schliesslich ist neben Korn[14]) der sich auf den Satz beruft: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est", noch Jaeger[15]) zu erwähnen, der gegenüber der Anfechtungsklage eines Schenkungsgläubigers die exceptio doli zulässt, wenn auch der Anfechtungsgegner nicht selbst die dem Schuldner als Schenkungsversprecher zustehende Einrede des Notbedarfs habe. „Denn es ginge jedenfalls wider Treu und Glauben, wenn der Schenkungsgläubiger zu seinem Vorteile entgeltliche oder aber ältere unentgeltliche Verfügungen umstossen dürfte."

[13]) Buschs Z.,Bd. 9, S. 134.
[14]) a. a. O., S. 20.
[15]) a. a. O., § 2, Anm. 40.

Von Wilmowski-Kurlbaum[16]) wird der Einwand „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ nur dann zugelassen, wenn der Anfechtungsgegner bereits einen vollstreckbaren Titel hat oder gemäss § 5 A.G. bis zum Urteile erbringen kann, ausgeschlossen jedoch, wenn die Forderung des Anfechtungsgegners nur die aus § 8 A.G. ist.

Hellwig[17]) begnügt sich mit einer Hinweisung, aus der keine Entscheidung zu entnehmen ist. Er scheint jedoch geneigt zu sein, den Einwand zuzulassen.

Im Gegensatze zu den Vertretern dieser Ansicht lehnen andere sie ab. Eccius[18]) weiss keinen Weg, wie der Beklagte, der keine Forderung hat, in der Lage sein solle, die Anfechtbarkeit der Grundlage der Forderung des Klägers geltend zu machen.

Falkmann[19]) lehnt die Zulässigkeit mit der Begründung ab, dass die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung nur von demjenigen geltend gemacht werden könne, in dessen Person die Voraussetzungen der § § 2 und 3 A.G. vorlägen, und dies sei beim Anfechtungsgegner nicht der Fall. Nur dann liege in der Geltendmachung der Anfechtung von seiten des Gläubigers eine Arglist, wenn der Anfechtungsgegner ebenfalls Forderung und Schuldtitel besitze, denn dann gelte der Satz: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est.“

Noch strenger ist in seiner Abweisung Kleinfeller,[20]) der selbst beim Vorliegen der von Falkmann geforderten Voraussetzungen die Anfechtung

---

[16]) a. a. O., S. 670, Nr. 6.
[17]) Rechtskr., S. 91, Anm. 41.
[18]) a. a. O., § 14, Nr. 27.
[19]) a. a. O., S. 65.
[20]) a. a. O., S. 784, Anm. 18.

durch den Anfechtungsbeklagten für unzulässig erklärt. Denn diese sei, selbst wenn er mit der Anfechtung durchdringen würde, deswegen gegenstandslos, weil er doch nur behielte, was er schon hat, also nicht durch die Anfechtung Befriedigung für seine Forderung an den Schuldner erlangen könne; der Anfechtungsgegner dürfe auch nicht geltend machen, dass ihm gegenüber die Forderung des anfechtenden Gläubigers unwirksam sei, denn durch die Bedingung des § 2 A.G. solle nur die Anfechtung auf solche Fälle beschränkt werden, in denen eine gegenüber dem Schuldner wirksame und vollstreckbare Forderung vorliege, sodass es auf die Wirksamkeit Dritten gegenüber nicht ankomme.

Schliesslich wird auch bei Hartmann-Meikel[21]) die Zulässigkeit der erwähnten Einwendung mit der Begründung abgelehnt, dass sie praktisch unhaltbar und in ihrer Verfolgung zu einem circus inextricabilis führen würde.

b) Kritik der Ansichten.

Von Bedeutung ist bei den Gegnern dieser Einwendung das Argument, der Anfechtungsbeklagte müsse die in § 5 A.G. für nötig befundenen Erfordernisse beibringen, also einen vollstreckbaren Titel nachweisen, für dessen Beschaffung ihm eine Frist gesetzt werden könne. Dieser Beweisführung ist, soweit in der Literatur ersichtlich, noch nicht entgegengetreten worden; sie trifft jedoch nicht das Wesen der Sache.

Vielmehr ist folgendes zu beachten. Bei § 5 erfolgt die Anfechtung selbst im Wege der Einrede und das Gesetz bestimmt, dass die einredeweise geltend gemachte Anfechtung nicht weniger formelle Erschwe-

[21]) a. a. O., S. 100/1.

rung als die klageweise geltend gemachte haben solle.[22]) Es darf aber nicht übersehen werden, dass der Exzipient hier „Anfechtungsgläubiger", nicht „Anfechtungsbeklagter" ist, also nicht als Gegner eines anfechtenden Gläubigers, sondern etwa einem Kläger gegenüber, der lediglich ein Recht zum Besitze geltend macht, auftritt. Bei der in Rede stehenden Frage, jedoch handelt es sich darum, dass der Anfechtungsbeklagte dem „Anfechtungs"-Gläubiger die Einwendung entgegensetzt, die Rechtshandlung, auf der seine Forderung beruhe, sei selbst anfechtbar.[23])

Will man die Vorschriften des § 5 auf diesen Fall übertragen, so verwandelt man im Geiste die Stellung des Anfechtungsbeklagten in die eines (vielleicht zukünftigen) Anfechtungsklägers, und dies mit keinem Rechte. Ein solcher Weg ist logisch nicht haltbar. Es muss das Versehen vermieden werden, dass der Einwand, die Rechtshandlung sei anfechtbar der Geltendmachung der wahren Anfechtung gleichzusetzen sei, für die bestimmte Formalerfordernisse verlangt werden. Ein derartiges Operieren mit imaginären Grössen entfernt sich von der wirklichen Sachlage und gelangt zu einer vermeintlichen Schwierigkeit. Eine Schwierigkeit besteht aber mit der gefundenen Erkenntnis nicht mehr. Den § 5 zur Rechtfertigung für die Ablehnung des Einwandes heranzuziehen, ist eine Verwechslung verschiedenartiger Gegenstände und trifft nicht den Kern der Sache.

Noch weniger können die übrigen Angriffe gegen die Einrede der Anfechtbarkeit aufrechterhalten werden.

Wenn Kleinfeller behauptet, dass der Anfechtungsgegner ja nur behielte, was er schon habe, so

[22]) Über die praktische Bedeutung und Verwendbarkeit des § 5 vgl. die Ausführungen bei Jaeger, § 5, Anm. 1; vgl. dazu auch Wilmowski-Kurlbaum, § 5, Anm. 2.

[23]) Ungenau sagt Cosack, S. 38, die Forderung sei anfechtbar.

ist das völlig richtig, aber auch natürlich. Denn es liegt dem Wesen der Einrede zugrunde, einen bestehenden Zustand aufrechtzuerhalten, die Rechtssphäre des Anfechtungsbeklagten unverändert und unverringert zu lassen. Der Vorwurf Kleinfellers entfällt mithin, denn er konstatiert etwas Selbstverständliches. Im letzten Grunde entspringt er ebenfalls nur der kurz vorher erörterten Verwechselung der Anfechtung mit der Einrede der Anfechtbarkeit und setzt beides miteinander fälschlicherweise gleich.

Wo schliesslich der von Hartmann-Meikel befürchtete circus inextricabilis herkommen soll, ist unersichtlich, wenn man den Einwand zulässt. Denn in diesem Falle bleibt die Rechtslage der Parteien unverändert. Der circus inextricabilis würde erst dann möglich werden können, wenn der Anfechtungsbeklagte, dem der Einwand verwehrt ist, dem Anfechtungskläger das vom Schuldner Erlangte zurückgewähren müsste, sich einen vollstreckbaren Titel verschaffen und seinerseits gegen den ursprünglichen Kläger vorgehen würde. Dadurch allein wäre erst die Möglichkeit eines Kampfes, eines Hin und Her in infinitum gegeben. Dies aber gerade wird, und vernünftigerweise, verhindert, wenn der Einwand zugelassen wird. Die Entgegnung von Hartmann-Meikel ist also nicht stichhaltig.

Auf der anderen Seite, die den Einwand zulässt, stellt er sich letzten Endes als allgemeine exceptio doli dar. Offen spricht dies Jaeger aus, doch lässt die Art und Weise der übrigen Schriftsteller zur Rechtfertigung ihrer Ansicht bei ihnen den gleichen Schluss zu.

Wo „allgemeine Rechtsgrundsätze“ zur Begründung herangezogen werden, wo das Gegenteil „absurd“ erscheint, wo schliesslich aus dem „Schweigen des Gesetzes“ die Richtigkeit der aufgestellten Behaup-

tung gefolgert wird, da lässt sich unschwer erkennen, dass hier im Grunde ein allgemeines Rechtsprinzip spricht.

c) Die exceptio doli generalis.

Das in die Erscheinung tretende Prinzip ist jenes von Treu und Glauben und beherrscht durchgehend das heutige Recht. Es beruht auf der Vorschrift des § 242 BGB. Danach hat jeder Gläubiger jeden Anspruch als mit dem Grundsatze von Treu und Glauben übereinstimmend geltend zu machen. Als exceptio doli generalis ist dieser Grundsatz vom Reichsgerichte in steter Rechtsprechung unbedenklich anerkannt und wird nach den überzeugenden, eingehenden Untersuchungen von Wendt kaum noch erfolgreich bestritten werden können.[24])

Freilich wird von manchen Juristen dagegen Einspruch erhoben werden, so besonders von Schneider, und man wird den Vorwurf zu hören bekomme, man verwende die exceptio doli generalis, die bedauerlicherweise noch immer im Rechte spukt,[25]) als deus ex machina, zur Rettung juristischer Argumentationen.[26])

Doch auch die Gegner werden zu dem hier vertretenen Gedanken gelangen.

Nach Schneider[27]) ist der Streitfall auf dem vom gesetzten Rechte offengelassenen Gebiete so zu entscheiden, wie es der Gesetzgeber selbst tun würde, d. h. unter genauer Beobachtung der tatsächlichen Eigentümlichkeiten des Falles und in sorgsam-

---

[24]) Vgl. Wendt a. a. O., S. 1ff.; ferner RG. in JW. 09, S. 683; Bd. 58, S. 429 u. a. m.; Geib a. a. O., S. 205, 212.

[25]) Vgl. Hellwig, Lb. II, § 161, Anm. 8.

[26]) Vgl. Betzinger a. a. O., S. 119.

[27]) Vgl. Tr. u. Gl., S. 132.

unparteiischer Erwägung die Mittellinie zwischen den beiden einander gegenüberstehenden Interessen aufzusuchen.

Im allgemeinen wird von den die Frage behandelnden Schriftstellern auf den Fall exemplifiziert, dass zwei Schenkungsgläubiger einander gegenüberstehen. Der unbefriedigte Schenkungsgläubiger dürfe gleichzeitige oder ältere Schenkungen nicht anfechten. Das höhere Interesse liegt also bei dem im Besitz befindlichen. In pari causa melior est condicio possidentis. Daraus ist zu folgern, dass jüngere Schenkungen wohl mit Erfolg angefochten werden können. Als massgebender Zeitpunkt, vor oder nach dem diese benachteiliegende Rechtshandlung erfolgt ist, käme dann der Tag der Erwirkung des vollstreckbaren Schuldtitels in Betracht.

Hierbei ist es angebracht, die Meinungsverschiedenheit zu streifen, die darüber besteht, ob ein vor dem massgebenden Zeitpunkt gegebenes Schenkungsversprechen dem vollstreckbaren Titel trotzen und ihn entkräften kann. Dies lässt sich mit dem allgemeinen Begriff der „unentgeltlichen Verfügung" des § 3 Ziff. 3 A.G. beantworten, unter den der Begriff der Schenkung zu bringen ist. Daran aber knüpft sich die weitere Frage, ob ein Schenkungsversprechen bereits als (anfechtbare) unentgeltliche Verfügung anzusehen ist. Nur wenige Schriftsteller gehen auf diese Frage ein. Jaeger[28]) betrachtet das Schenkungsversprechen bereits als unentgeltliche Verfügung, auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehen Riehl[29]) und Hellwig.[30]) Das letztere ist als zutreffend zu erachten. Bei der unentgeltlichen Verfügung muss eine Minderung im Vermögen des Zuwendenden stattfinden. Das

[28]) a. a. O., § 2, Anm. 45.
[29]) a. a. O., S. 220.
[30]) Vgl. Buschs Z., Bd. 26, S. 479.

ist jedoch beim blossen Versprechen noch nicht der Fall, dieses begründet vielmehr nur eine Verpflichtung, die unentgeltliche Verfügung vorzunehmen, kann also nicht die Verfügung selbst sein.

Kehrt man hiernach zu der Frage zurück, wie die Interessenkollusion zu lösen sei, so wird man, auch von gewissen wirtschaftlichen Erwägungen geleitet, zu entscheiden haben, dass ein Schenkungsgläubiger gleichzeitige oder ältere vollzogene Schenkungen nicht anfechten kann, wohl aber jüngere, d. h. nach der Erlangung des vollstreckbaren Schuldtitels vollzogene. Für den letzteren Fall hat jedoch noch eine Einschränkung zu gelten: nur die paulianische Anfechtung ist zulässig, d. h. also diejenige, welche darauf gestützt ist, dass eine Rechtshandlung in der dem anderen Teile bekannten Absicht der Gläubigerbenachteiligung vom Schuldner vorgenommen worden ist. (§ 3 Ziff. 1 A.G.).

Dass die fraudulose Handlung eine solche Vergeltung verdient, dürfte ohne weitere Begründung einleuchten, sie fällt auch nicht aus dem Rahmen des Gesetzes, denn sie untersteht dem § 3 Ziff. 1, der das allgemeine Prinzip für die Anfechtung festlegt.

Für die anderen, oben erwähnten Fälle wird dem Anfechtungsbeklagten der Einwand der Anfechtbarkeit zur Seite stehen. Die Freigebigkeit des Schuldners kann billigerweise nicht schablonenmässig in der Weise festgesetzt werden, dass seine freie Bestimmung darüber, welche von gleichartigen Verpflichtungen er zuerst erfüllen will, beengt wird. Der Anfechtungskläger wird in der Regel gegen die par condicio possidentis vergeblich ankämpfen und mit der Einrede der Anfechtbarkeit abgewehrt werden können. Die formale Auslegung des Gesetzes, die zur Ablehnung des Einwandes gelangt, fördert, wie z. B. bei Hartmann-Meikel, unerträgliche Konsequenzen zu Tage. Auf ein Aushalten „logischen Auspressens“ sind die mei-

sten Gesetze überhaupt nicht eingerichtet.[31]) Darum ist das Prinzip von Treu und Glauben, das für das Auffinden des „höheren Interesses“ massgebend ist, schliesslich geradezu unentbehrlich, und selbst Schneider, einer der eifrigsten Gegner der exceptio doli generalis, wird in dieser Beziehung mit seinen eigenen Waffen geschlagen werden können. Wenn er, wie er ausführt,[32]) bei jeglicher Beurteilung einer Rechtsfrage das praktische Ziel der Entscheidung vor Augen hat und selbst den Verdacht nicht scheut, sein Vorgehen könne „unjuristisch“ erscheinen, so kann darin nur das Zugeständnis gefunden werden, dass mit der reinen Logik in der Jurisprudenz nicht auszukommen ist, dass das Prinzip von Treu und Glauben mithin als Sicherheitsventil gegen übertriebene Ausgestaltung und Geltendmachung formalistischer Rechtssätze dienen muss, ohne dass damit etwa dem Rechtsgefühl höhere Macht als dem Rechtssatze eingeräumt wird.

Interessant ist es, dass Schneider seinen Grundsatz gerade bei einer Frage erörtert, die für den Gang der vorliegenden Untersuchung bereits entschieden ist, nämlich ob ein Zurückgreifen des Anfechtungsbeklagten auf die „Forderung“ des Gläubigers gestattet sei. Dies wird auch von Schneider aus „praktischen“ Gründen verneint.

Die Zulässigkeit der bahnbrechend von Wendt[33]) vertretenen Interpretation des § 242 BGB. ist ihrem Kerne nach eine juristische Ueberzeugungsfrage; sie ist eine Frage, die allerdings dann nicht streng bewiesen werden kann, wenn zu ihrem Beweise ausdrückliche Gesetzesworte für nötig erachtet werden.

[31]) Vgl. Schneider, Leipzig Z., Bd. 2, S. 529.
[32]) Vgl. Leipzig. Z., Bd. 2, S. 521ff.
[33]) Vgl. a. a. O., S. 65 ff.

Der Einwand der Anfechtbarkeit, der nur ein Ausfluss der exceptio doli generalis ist, muss deswegen nach Recht und Billigkeit zugelassen werden. Und nicht nur nach Recht und Billigkeit.

d) Der § 142 Abs 2, BGB. als Prinzip.

Für diejenigen, die einesteils den hier verteidigten Standpunkt nicht billigen, andernteils der exceptio doli generalis feindlich gesinnt gegenüberstehen, kann auf Gesetzesworte, freilich nur im Wege der Analogie und sinngemässer Anwendung, verwiesen werden. Es handelt sich um den § 142 Abs. 2 BGB: „Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen."

Wenn dieser Paragraph an dieser Stelle angeführt wird, so soll damit hier nicht die heftig bestrittene Dinglichkeitslehre eingeführt werden, die die bürgerlich-rechtlichen Gesetzesvorschriften der Anfechtung auf das Gesetz vom 21. Juli 1879 überträgt.[34])

Was damit beabsichtigt wird, ist nur, den Gegnern zu zeigen, dass dem geltenden Recht der hier vertretene Gedanke nicht fremd ist. Nicht die Vorschrift des § 142, sondern das Prinzip, der Geist soll aus ihm entnommen werden, um zu beweisen, dass die verteidigte Anschauung nicht haltlos in der Luft schwebt, sondern befreundete Gedanken in der Gesetzgebung zu ihrer Rechtfertigung und Stütze nachzuweisen imstande ist. Der Gedanke des § 142, der

[34]) Mit der herrschenden Meinung wird auch hier an der obligatorischen Wirkung der Anfechtung festgehalten. Eine Auseinandersetzung mit der Dinglichkeitslehre muss hier unterbleiben, da sie mit den erörterten Fragen in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht.

herausgeschält und für das Anfechtungsgesetz verwertet zu werden verdient, kann daher in folgender Formulierung zusammengefasst werden:

Die Partei, die formal im Rechte ist, deren Titel jedoch den Keim der Anfechtbarkeit in sich trägt, kann mit diesem Titel auch nur eine krankhafte Nebenwirkung auslösen, die vollends zu zerstören dem Anfechtungsgegner Gelegenheit gegeben werden muss. Aus diesem Titel kann die Partei Rechte für sich nicht herleiten. Wer die objektive Anfechtbarkeit kennt oder kennen muss, d. h. fahrlässigerweise nicht kennt (§ 122 Abs. 2 BGB.), ist so zu behandeln, als ob er die Nichtigkeit, Wertlosigkeit, Kraftlosigkeit kennt oder kennen muss. Er ist demnach so zu behandeln, als ob ihm kein Recht zustände, er darf keinen rechtlichen Vorteil davon tragen.

§ 3. Einwendungen aus § 767 ZPO.

a) Der Gedanke und die Bedeutung des § 767 ZPO.

Während das Reichsgericht in einer Entscheidung[35]) dem Anfechtungsbeklagten nur den Einwand der Kollusion zubilligte, jeden weiteren aber ausschloss, gehen die Motive sowie die Wissenschaft und heutige Rechtsprechung einen Schritt weiter, und es ist im Ergebnis anerkannt, wenn auch mit verschiedenen Begründungen, dass der Anfechtungsgegner gegenüber dem vollstreckbaren Schuldtitel alle Einwendungen vorbringen könne, die auch der Schuldner gemäss § 767 Abs. 2 ZPO. noch vorbringen darf.[36])

[35]) Vgl. RG. bei Gruchot, Bd. 36, S. 1146.
[36]) Vgl. Literaturangabe bei Jaeger, § 2, Anm. 30.

Wenn jedoch das angegebene Resultat, wie es fast durchgehend geschieht, aus § 767 ZPO. gerechtfertigt werden soll, also zu einer Frage des Zwangsvollstreckungsrechts gestempelt wird, so ist dies abzuweisen. Hier, wo es sich um die Nebenwirkung des Urteils (vollstreckbaren Titels) handelt, ist es lediglich mit der Verweisung auf die zitierte Gesetzesvorschrift nicht getan. Dann wäre nicht einzusehen, wie bereits Jaeger[37]) und Kuttner[38]) mit Recht hervorheben, warum die Vorschriften des Abs. 1 und 3 nicht gleichfalls zu berücksichtigen sind. Das Erfordernis der sonst vom Schuldner verlangten Klage wird fallen gelassen, auf die Eventualmaxime, nämlich das gleichzeitige Vorbringen aller Einwendungen wird verzichtet, und ebenso bleibt es unerklärlich, warum der § 802 ZPO., nach dem alle im 8. Buche angeordneten Gerichtsstände ausschliessliche sind, nicht zur Anwendung gelangt. Wenn man dies beachtet, so ist Jaeger zuzugeben, dass die herrschende Lehre von § 767 nur den Gedanken des Abs. 2 übrig lässt. Ein allgemeiner Gedanke wohnt dieser Gesetzesvorschrift auch inne und gelangt weiter unten zur Erörterung.

Den Umfang der Einwendungen grenzen die Motive[39]) dahin ab: selbstverständlich bleibe es dem Anfechtungsbeklagten unbenommen, im Anfechtungsprozesse solche Einwendungen, welche den durch den Schuldtitel gegen den Schuldner festgestellten Anspruch selbst betreffen, in dem Umfange geltend zu machen, in dem der Schuldner zu ihrer Geltendmachung befugt wäre.

Nach Falkmann[40]) bestimmt es sich nach dem Recht des Anfechtungsgegners, nicht nach dem des

---

[37]) Vgl. § 2, Anm. 36.
[38]) Vgl. S. 227.
[39]) Vgl. Mot., S. 13; RG., Bd. 7, S. 188ff.
[40]) Vgl. a. a. O., S. 64.

Schuldners, welche Einreden der Anfechtungsgegner vorbringen kann. Zu diesen können sowohl solche gehören, die dem Schuldner selbst noch zustehen als auch solche, die dieser nicht mehr geltend machen kann.

Ausgeschlossen sind alle Einreden, welche dem Verfügungsrechte des Schuldners entstammen.[41]) Das wären unzulässige exceptiones de jure tertii.

Gegen den Anfechtungsanspruch sind aber nach Wilmowski-Kurlbaum[42]) prinzipiell nur Einwendungen des Anfechtungsgegners aus seinem eigenen Rechte zulässig. Darunter fallen aber auch „alle Einwendungen, die für den Schuldner selbst nach der formalen Begründung der Vollstreckbarkeit wegen der Erledigung oder Minderung des Anspruchs und Befriedigungsrechtes des Anfechtungsklägers zulässig sind und denen gegenüber der Anfechtungskläger bei korrektem Verhalten weder seinem Schuldner noch dem Anfechtungsgegner gegenüber einen Anspruch als noch bestehend aufrecht erhalten könnte".

Die den kurz wiedergegebenen Meinungen anhaftenden Widersprüche werden bereits bemerkt worden sein.

Wenn auf der einen Seite dem Anfechtungsbeklagten nur Einwendungen zugestanden werden, die in dessen eigenem Rechte wurzeln, wenn andererseits zugegeben wird, alle dem Schuldner noch zustehenden Einwendungen habe auch der Anfechtungsgegner, so heisst das doch gerade den Umfang der Einwendungen nach der Person des Schuldners bestimmen, es entsteht also ein unlösbarer Widerspruch zwischen den beiden aufgestellten Sätzen. Einwendungen, die dem Verfügungsrechte des Schuldners entspringen, werden mit der Begründung, sie seien unzulässige exceptiones

[41]) Vgl. Kleinfeller, Anm. 17.
[42]) Vgl. § 2, Anm. 6.

de jure tertii, zurückgewiesen, andere Einwendungen aus der Person des Schuldners werden zugelassen, und sollen dann keine unzulässigen exceptiones de jure tertii sein.

Man hat es jedoch nicht nötig, sich in das dunkle, bisher noch unzureichend erforschte und schwierige Gebiet der „Einrede aus dem Rechte eines Dritten" zu begeben, zu annehmbaren Resultaten gelangt man vielmehr auf Grund folgender Ueberlegung:[43])

Das Urteil ist für den Anfechtungsanspurch materiellrechtliches Tatbestandsmoment. Es löst als Nebenwirkungen sekundäre zivile Rechtsfolgen aus, für die sein äusserer Bestand erforderlich und ausreichend ist.[44]) Tatsachen, die vor der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorgebracht sind, können auch später dem Urteil nicht entgegengestellt werden, wollte man nicht dazu gelangen, prinzipiell den Einwand der Unrichtigkeit der Entscheidung zuzulassen.[45]) Die bedenklichen Folgen einer solchen Lehre liegen klar zu Tage.

Lehnt man die Zulässigkeit des Vorbringens von Einwendungen, die vor der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, ab, so kann dies nicht unmittelbar aus den Bestimmungen über die Vollstrekkungsgegenklage des § 767 abgeleitet werden, sondern daher, dass der Einwand der Unrichtigkeit der Entscheidung prinzipiell, und erst recht da, wo es sich um zivilistische Nebenwirkungen handelt, unzulässig ist. Die Vollstreckungsgegenklage des § 767 hat mit den materiellrechtlichen Nebenwirkungen nichts ge-

---

[43]) Vgl. für das Folgende in der Hauptsache Kuttner, S. 225ff.; auch Lippmann, S. 222.

[44]) Vgl. Kapitel I der Arbeit.

[45]) Dass eine solche begrifflich möglich und vom Gesetze zugegeben wird, dafür spricht § 68 ZPO., der Nebenintervenient wird jedoch damit nicht „gehört".

mein, denn sie gehört ausschliesslich dem Zwangsvollstreckungsrecht an und geht darauf, dass durch Urteil festgestellt werde, die Zwangsvollstreckung sei unzulässig.[46])

Massgebend für den Urteilsausspruch ist der Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung erster oder zweiter Instanz.[47]) Kuttner hebt darum richtig hervor, dass der § 767 Abs. 2 ZPO. nur einen einzelnen, besonders im Gesetz berücksichtigten Anwendungsfall dieses allgemeinen Prinzips für das Gebiet der Vollstreckungsgegenklage betrifft. Das Urteil will nicht einen Rechtszustand für alle Zeit festnageln, es ist kein fossiler, überkommener Rest der Rechtsprechung, es entspricht vielmehr der steten Veränderlichkeit der Lebens- und Rechtsverhältnisse, dass das Urteil nachträglich, d. h. bei verändernden Umständen, die nach dem für die Urteilsfällung massgebenden Zeitpunkt eintreten, also nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung, unrichtig werden kann. Wie Kohler, auf die Vollstreckungsgegenklage angewandt, sagt, kann diese den Sinn haben: „Ist auch das Urteil richtig gewesen, so hat sich unterdessen der Rechtszustand geändert und die Judikatsobligation ist erloschen."

„Die Vollstreckungsklage gewinnt durch diesen Gedanken ein neues Gebiet; sie wird befugt, als Rächerin des materiellen Rechts einzutreten gegen den Dämon des Formalismus und das wahre Recht zu

[46]) Petersen-Kleinfeller behauptet (vgl. Anm. 17), es werde „nicht die Aufhebung, sondern nur die Unwirksamkeit des vollstreckbaren Titels angestrebt." Dies steht aber mit den Worten des Gesetzes in Widerspruch und wird von Jaeger (vgl. § 2, Anm. 36) mit Recht abgelehnt.

[47]) Vgl. Hellwig, Anspruch S. 137; Lb. I, S. 187; auch Gaupp-Stein, § 300 III mit Literaturangaben.

verwirklichen, das sonst unter den an sich notwendigen Formen des Prozesses ersticken würde."[48])

Dieser der Vollstreckungsgegenklage innewohnende Gedanke muss auch in der Behandlung der Frage massgebend sein, ob und wieweit in den Fällen, wo das Urteil ein Tatbestandsmoment neuer materiellrechtlicher Nebenwirkungen bildet, dieser sekundären zivilen Wirkung Einwendungen entgegengesetzt werden können, die erst nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind.

Das im § 767 verkörperte Prinzip, das auch über das Einzelgebiet der Vollstreckung hinaus wirksam ist, „ist eben dieses, dass das Urteil nur einen Ausspruch gibt, der sich auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung bezieht; und dieser Ausspruch bleibt im Flusse alles Geschehens naturgemäss nur solange richtig, als res integra vorliegt, als keine neuen nachträglichen Ereignisse eintreten, welche nach der jeweiligen Beschaffenheit des abgeurteilten materiellrechtlichen Verhältnisses den im Urteil festgestellten oder konstituierten Rechtszustand materiellrechtlich wieder verändern."[49])

Wenn dies erkannt wird, dass das Urteil nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt rechtliche Veränderungen, demnach auch darauf gegründete Einwendungen berücksichtigen kann, so erscheint auch das Prinzip der späteren Entkräftung des Urteils als vollauf gerechtfertigt. Insbesondere gelangt man zu der Erkenntnis, dass der im § 767 ZPO. ausgesprochene Satz nicht nur die Zwangsvollstreckung allein betreffen kann. Damit ist im allgemeinen ausgesprochen, dass auch in den Fällen der zivilistischen Nebenwirkung des Urteils solche Einwendungen zuzulassen sind, die erst nach der letzten Tatsachenverhandlung entstanden sind.

---

[48]) Vgl. Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 80, S. 190.

[49]) Vgl. Kuttner a. a. O., S. 228.

Mit dem hier entwickelten Prinzip gelangt man aber auch zu einer ausreichenden theoretischen Erklärung für die praktische Handhabung, dass dem Anfechtungsbeklagten die formalen Erfordernisse der §§ 767 Abs. 1 und Abs. 3 und 802 ZPO. erspart sind. Wenn das Urteil im besonderen, der vollstreckbare Schuldtitel im allgemeinen, als materiellrechtliches Begründungselement des Anfechtungsanspruches, und jedes Urteil sowohl in bezug auf seine Vollstreckungsfähigkeit wie für seine zivilistischen Nebenwirkungen durch später eintretende Umstände für die Gegenwart unwirksam werden kann, so kann diese Unwirksamkeit wegen der nachträglich eingetretenen Veränderungen vom Anfechtungsbeklagten formlos durch Einrede geltend gemacht werden.

b) Das beneficium competentiae.

Im Zusammenhang mit der soeben erörterten Gruppe von Einwendungen wird im allgemeinen die Frage aufgeworfen, ob es dem Anfechtungsbeklagten auch gestattet ist, das dem Schuldner zustehende beneficium competentiae dem Anfechtungsgläubiger entgegenzusetzen.

Jaeger[50]) gewährt dem Anfechtungsgegner in diesem Falle eine exceptio doli generalis auf Grund von § 242 BGB. Falkmann[51]) gesteht nur dem Schuldner das Recht zu, wegen nachträglich eingetretener Gründe das beneficium auszuüben.

Man zieht bei der Beantwortung dieser Frage gern die Parallele zu der Rechtsstellung des Bürgen.[52]) Einmal aber ist es zweifelhaft, ob eine derartige Analogie berechtigt ist, denn der Bürge haftet kraft freier

[50]) Vgl. a. a. O., § 2, Anm. 40.

[51]) Vgl. a. a. O., S. 64.

[52]) Vgl. Jaeger a. a. O., § 2, Anm. 40; Cosack a. a. O., S. 39.

Selbstbestimmung, der Anfechtungsgegner unterliegt einer lex specialis. Es herrscht aber auch darüber, ob dem Bürgen die Einrede des Notbedarfs zuzubilligen sei, Uneinigkeit.

Oertmann[53]) versagt das beneficium competentiae dem Bürgen „trotz § 768 BGB., denn keinesfalls habe er die Einrede aus eigenem Recht, da er nicht der Schenker sei, aber auch nicht aus dem Rechte des Hauptschuldners, da der Zweck der Bürgschaft, nämlich die Sicherung des Gläubigers, dadurch vereitelt würde. Zugelassen wird die Rechtswohltat des Notbedarfs von Staudinger[54]) und Neumann,[55]) vermittelnd von Ennecerus[56]) nur dann, wenn der Gläubiger durch die Bürgschaft gerade gegen diese Einrede geschützt werden sollte.

Soll also überhaupt die Analogie mit der Rechtsstellung des Bürgen zu Recht bestehen, so hätte man sich erst mit der dort bestehenden Meinungverschiedenheit prinzipiell auseinanderzusetzen.

Dazu hätte man sich in das Gebiet der exceptio de jure tertii zu begeben und zu untersuchen, ob und wieweit ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners einem Dritten, dem Bürgen oder Anfechtungsbeklagten, eine Einrede gibt. Für den Rahmen des Anfechtungsgesetzes hat man dies jedoch nicht nötig. Die in Rede stehende Einwendung kann einer Gruppe zugeteilt werden, die bereits erörtert ist.

Der Einwand der Anfechtbarkeit greift auch in diesem Falle durch.[57]) Das Schenkungsversprechen, auf Grund dessen ein vollstreckbarer zur Anfechtung an sich legitimierender Schuldtitel erlangt ist, trägt

[53]) Vgl. a. a. O., § 519, Anm. 4b.
[54]) Vgl. a. a. O., § 519, Anm. 9.
[55]) Vgl. a. a. O., § 763, Bem. 3a.
[56]) Vgl. a. a. O., S. 503, Anm. 16.
[57]) Vgl. Kapitel II, § 2, der Arbeit.

objektiv den Keim der Anfechtbarkeit in sich und unterliegt ihm.

Systematisch gehört nach der hier vertretenen Auffassung die nach dem Herkommen an dieser Stelle behandelte Frage in die erwähnte Gruppe, und es genügt deshalb hier die Verweisung auf die dort gegebenen Ausführungen. Für die Gegner des Einwandes der Anfechtbarkeit ergeben sich allerdings Schwierigkeiten, die kaum leicht zu überwinden sein dürften.

Anhang.

Die Beweislast.

Anhangsweise mag noch die Frage nach der Beweislast gestreift werden.

Wer wie Jaeger, Riehl, Bernhardi dem Anfechtungsbeklagten das Bestreiten des Bestehens der Forderung gestattet, erkennt zwar richtig, dass das Urteil dem Anfechtungsgegner gegenüber weder Rechtskraft- noch Beweiskraftwirkung hat, unbeachtet wird aber gelassen, dass das Urteil als materiellrechtliches Begründungselement wirkt. Darum gelangt Jaeger, allerdings im Widerspruch mit der herrschenden Meinung, zu dem Ergebnis, dass der Anfechtungsbeklagte den Nachweis aller zur Anfechtung nötigen Voraussetzungen vom Anfechtungskläger erwarten darf.[1]) Danach würde der Einwand der Kollusion den Anfechtungskläger nötigen, den Beweis dafür anzutreten, dass das Urteil nicht in arglistiger Weise erwirkt worden sei.

Bei der hier vertretenen Auffassung des Urteils als einer juristisch erheblichen Tatsache, als zivilistischen Tatbestandsmoments, ist der Einwand der Kollusion oder jeder andere Einwand arglistigen Verhaltens als rechtsverneinendes Vorbringen von demjenigen

---

[1]) Vgl. Jaeger a. a. O., § 2, Anm. 29 und 37. Otto (S. 239), sonst auf dem Boden von Jaeger stehend, bürdet dem Anfechtungsgegner die Beweislast auf.

zu beweisen, der ihn zu seiner Verteidigung vorschützt. Den Anfechtungsgegner trifft demnach in diesen Fällen die Beweislast, er hat die Tatsachen als wahr zu erweisen, auf Grund deren er sich zu seinem Vorteil auf die Arglist beruft. Das Urteil wirkt wie die Bedingung im Sinne des § 162 BGB.[2]) Wie dort die Herbeiführung der Bedingung wider Treu und Glauben, z. B. Verstoss gegen die guten Sitten, Irrtum, arglistige Täuschung, Drohung von dem zu beweisen sind, der sie einredeweise geltend macht, so auch hier.[3])

Dieselben Grundsätze finden auch bei den Einwendungen Anwendung, die sich darauf stützen, dass der Vollstreckungstitel seine Wirksamkeit verloren habe. Da das äusserliche Vorhandensein des Titels ein genügendes Moment für die Begründung des Anfechtungsanspruchs ist, so hat derjenige, der einwendet, dass diese sinnfällige Erscheinung eine Fata Morgana, eine leere Täuschung sei, ihre Schemenhaftigkeit zu beweisen.

In Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht gelangt man daher auch hier zu dem Schlusse:

Die Beweislast trifft den Anfechtungsbeklagten.

---

[2]) Vgl. S. 26.

[3]) Vgl. Kuttner a. a. O., S. 215, 225.